

「訴えの主観的予備的併合と同時審判の申出のある 共同訴訟に関する一考察（1）」

中京大学法科大学院法務研究科生

井 上 大 典

- 一 訴えの主観的予備的併合
 - 1 訴えの主観的予備的併合とは
 - 2 判例の動向
 - 3 学説の概観
 - 4 訴えの主観的予備的併合の許否の検討（以上本号）
- 二 同時審判の申出のある共同訴訟
 - 1 沿革
 - 2 同時審判の申出のある共同訴訟とは
 - 3 同時審判の申出のある共同訴訟の解釈上の問題点
- 三 同時審判の申出のある共同訴訟と訴えの主観的予備的併合との異同
 - 1 新法のもとにおける訴えの主観的予備的併合の必要性
 - 2 学説の検討と私見
 - 3 まとめ

一 訴えの主観的予備的併合

1 訴えの主観的予備的併合とは

訴えの主観的予備的併合とは、数名の、または数名に対する各請求が法律上両立し得ない択一的関係にあるとき、共同訴訟としての各請求に順位を付し、先順位の請求が認容されることを解除条件として後順位の請求の審理を求めるという形でなされる訴えの併合形態をいう。訴えの主観的予備的併合は訴え提起当初から併合がなされるものであり、これを定めた明文の規定は存在しない。

訴えの主観的予備的併合のもっともオーソドックスな例としてあげられるのは、土地所有者であるXがY1の代理人Y2との間で土地の売買契約を締結したが、Y2に無権代理の疑いがあるというような場合である。この場合、Xは代理人Y2と売買契約を締結したことを理由に、本人であるY1を主位的被告として売買代金請求

を行い、その請求がY2の無権代理行為を理由として棄却された場合に備えて、Y2に対して民法117条の無権代理人の責任を追及すべく、Y2を予備的被告とするのである。

その他の例としては、Y1が建物の占有者、Y2が建物の所有者という場合に、当該建物の一部が倒壊し、それによって通行人Xが怪我をしたというようなケースが想定される。この場合、Xは土地工作物の占有者・所有者の責任（民法717条1項）によって第一次的責任は占有者に問うことができ、占有者に責任がない場合には所有者に対して責任追及をすることができるため、XとしてはまずY1を主位的被告として損害賠償請求を行い、その訴訟が占有者に過失なしとされ棄却された場合に備えて、Y2に対し損害賠償請求をすべく、Y2を予備的被告とするのである。

このように、前者の例におけるY2が権限を有していたことを前提とする本人Y1への代金支払請求とY2が無権代理人であることが前提となる無権代理人への責任追及、後者の例におけるY1に過失があることを前提とするY1に対する損害賠償請求とY1に過失がなかったことを前提とするY2に対する損害賠償請求、というように2つの異なる請求が実体法上両立しない択一的関係にある場合に訴えの主観的予備的併合という併合形態が論じられるのである。

なお、上記では訴えの主観的予備的併合の例として主に被告側的主観的予備的併合の場合をあげたが、例えば、債権譲渡の効力に争いがあるときに、第一次的に債権の譲受人が主位的原告となって債務者に支払い請求し、債権譲渡が無効とされ請求が棄却された場合に備えて譲渡人も予備的原告となって、債務者を被告に債権の支払いを請求する⁽¹⁾というように、原告側的主観的予備的併合というケースも考えられる。もっとも、實際上訴えの主観的予備的併合が必要となることが多いケースは前者の被告側の例であろう。

2 判例の動向

上記のような訴えの主観的予備的併合について従来の判例はどのような判断をしているであろうか。

まず、訴えの主観的予備的併合についての判断を示した著名な判例として最高裁昭和43年3月8日⁽²⁾があげられる。当該事案は次のようなものである。

土地の所有者であるXがY2から借金をした際に、Y2の債権を担保するため本件土地に抵当権設定登記をしようとしたところ、誤って売買名義で所有権移転登記をなしてしまった。そこで、XはY2を相手どり本件土地につき所有権移転登記請求の訴えを提起し、Y2名義の本件土地の所有権移転登記は実質上の権利関係に合致せず無効であると主張した。ところがこの訴訟が第一審で係属中、Y2は本件土地をY1に売却し移転登記手続きをなした。そこで、XはY1に対し訴訟引受の申立をし、本件土地の所有権移転登記をXに移転すべきことを求めるとともに、これにXが敗訴した場合にはY2が登記移転によりXの権利行使を妨げ損害を与えたことになると主張しその賠償をY2に対して請求した。

このXの請求に対し一審はXのY2に対する予備的訴えを却下し、Y1に対する請求を棄却した。Xは控訴したが、控訴審（東京高裁昭和42年7月4日）は、次のように判示しXの請求を斥けた。

「予備的請求の被告とされた者にとってはその請求の当否についての裁判がなされるか否かは他人間の訴訟の結果いかんによることとなるわけであって、応訴上著しく不安定、不利益な地位に置かれることになり、原告の保護に偏するものであるから、かかる訴訟形式は許されないものと解するのが相当であり、しかも併合された予備的請求はこれを分離するとそれ自体としては条件付訴として不適法なものになるといわねばならないのである。したがって、右請求は不適法として却下すべきである。」

この判決を受けてXは上告したが、上記最高裁昭和43年3月8日は「訴えの主観的予備的併合は不適法であって許されないとする原審の判断は正当である。」として原審同様明確に主観的予備的併合を否定してXの上告を棄却した。

次に、この問題に関する下級審レベルの判例を見ると、上記最高裁判決以前のもののうち、訴えの主観的予備的併合に関して上記最高裁判決と同様に否定的見解を採るものとして岐阜地裁昭和32年5月22日⁽³⁾、東京高裁昭和32年7月18日⁽⁴⁾がある。このうち、後者は、土地所有者であるXがY1との間で買戻特約付売買契約をなし、それに基づく所有権移転登記をなしたところ、Y1からY2へ売買を原因とする本件土地の所有権移転登記がなされた。そこで、Xが、本件買戻特約付売買はXとY1とが相通じてなした仮装行為であり、Y2はその事実を知らずながら本件土地をY1から買い受けたものであるということを理由に本件土地の所有権の確認と、各所有権取得登記の抹消を求める。仮に当該買戻特約付売買が有効であるという場合は、Xは買戻特約所定の期間内に、Y1に対して買戻の意思表示をなし、かつ適法な買戻代金の弁済の提供をしたのであるから、これにより買戻しの効果を生じたのであり、Y2はXに対し本件土地所有権を移転し、かつ、買戻による所有権移転登記をなすべき義務を負うに至ったのであるから、Y2に対し本件土地所有権の移転登記手続を求める。仮にこの請求及びこの請求が理由なしという場合には、XはY1に対する金12万円の債務担保のため譲渡担保の趣旨で本件買戻特約付売買をしたのであるのに、Y1は、本件土地を上記債権担保のためにのみ利用するという信託債務に違反してこれをY2に売却したものであり、これがためにXは本件土地を取り返し得なくなったのであるから、Y1に対し債務不履行による損害賠償を求める。としてY1、Y2を相手取り、訴訟を提起したというものである。

本件事案において東京高裁は、「(Xの請求は)講学上の主観的予備的請求にあたる。・・・他人間の訴訟に依存せざるを得ない被告の応訴上の著しい不安定、不利益を考えれば原告の保護に偏したかかる訴訟形式は許容せられないものと解するのが相当であり、そして、併合せられた主観的予備的請求なるものはこれを分離するときそれ自体としてはいわゆる条件付訴として不適法なものといわねばならない。」と判示し、訴えの主観的予備的併合について否定的な見解に立つことを明らかにしている。

他方で上記最高裁判決以前の判例で訴えの主観的予備的併合について肯定的な立場を採るものも存在する。東京地裁昭和25年10月24日⁽⁵⁾、広島高裁昭和32年11月29日⁽⁶⁾がそれである。

前者の東京地裁は、訴訟経済の点に重きを置き、「訴えの客観的併合において、予備的併合なるものが許容されていることは判例学説の一般に認めるところである・・・かような予備的併合は、条件付申立てであり一般には違法として許容されないものであるが、・・・これが許容される根拠は、実に原告の便宜と訴訟経済の考慮から出たものであって、互い両立せず、且つ実質的目的を同じくする数個の権利を一の訴を以て主張することを許し、その争訟を一挙に解決せんとするにあり、しかも右の条件はその訴訟手続中の審理の結果にかかっているに過ぎないから、その成否は当然審理の結果判明するので審理の不安定さを来たさぬので右の便宜との考慮から許されているものである。・・・主観的併合においても予備的併合の起こり得る可能性と必要性は客観的併合と同じであって、しかも原告の便宜と訴訟経済の考慮という観点からすれば、これを許容するのが相当であることも亦同じである・・・」と判示し訴えの主観的予備的併合を肯定する見解を採った。

後者の広島高裁では、上記東京地裁よりもさらに精緻に訴えの主観的予備的併合の適否について判断しており、わが国の経済情勢の下における会社の組織形態の現状に着眼し、訴えの主観的予備的併合を認容することによる訴訟経済上のメリットとこれにより生じうる被告の不利益を比較検討したうえで、「訴の主観的予備的併合を認めることによって原告の受ける利益と予備的に併合せられた被告の不利益とを比較した場合、民訴法

上の公平の原則に照して許容し難い程の不公平が生ずるものと解することはできない。」として訴えの主観的予備的併合を肯定する立場を採った。

このように上記最高裁判決以前についてみると訴えの主観的予備的併合という訴訟形態をめぐっては、下級審判例が肯定するものと否定するものとに分かれていた⁽⁷⁾のであり、そのような状況のもとで登場した上記最高裁昭和43年3月8日判決は、主観的予備的併合の適否について判断した最初の最高裁レベルの判決として重要であり、しかも、一般的な形で訴えの主観的予備的併合を否定していることから、訴えの主観的予備的併合の適否についての問題を収束させるものとして期待されていた⁽⁸⁾のである。

ところが、かような期待に反しその後も下級審レベルの判例では肯定するものと否定するものとが対立し続け、どちらかといえば最高裁の採った否定的見解よりもむしろ、訴えの主観的予備的併合を認める立場を採る下級審判例が多いように見受けられる⁽⁹⁾。

最高裁判決が主観的予備的併合について明確に否定的な見解を採ったのにもかかわらず、なぜ主観的予備的併合をめぐる論議が終焉しなかったのであろうか。その答えは主観的予備的併合という併合形態の有用性の点にほかならない。すなわち、最高裁のいうように主観的予備的併合を一般的に認めないとすると、原告が複数の被告に対して実体法上両立しない択一的関係にある請求をするためには、それぞれの被告に対して原告が別訴を提起しなくてはならないことになるが、この場合、訴状に貼付する印紙は二重に必要になり、また、別訴では証拠共通の原則も働かないことから、原告は二重敗訴の危険をも負うことになる。後者の問題については原告が被告双方に訴えを併合提起すれば回避可能とも考えられるが、併合を認めるか否かはあくまでも裁判所の裁量に委ねられているうえ（民訴法152条1項）、仮に一旦は併合が認められたとしても、その後裁判所が弁論の分離を行うと、請求について統一的に審理する途が保障されなくなり、やはり原告に二重敗訴の危険が生じることになるのである。

訴えの主観的予備的併合の有用性はこのような択一的な実体法上の関係⁽¹⁰⁾を訴訟に反映させて矛盾判決を回避し統一的な判断を実現可能にする点にあるのであり、この併合形態の有用性と訴訟法上の許容性をめぐって学説もまた否定説と肯定説に分かれ激しい論争を展開してきたのである。

3 学説の概観

訴えの主観的予備的併合についてこれを否定する学説は⁽¹¹⁾、次のような論拠をあげる。主観的予備的併合による原告の申立ての趣旨は、主位的被告に対する請求が認められれば、予備的被告に対する請求の審理は必要ないという意味を表明したと解されるところ、この場合、原告の主位的被告に対する請求が認められれば、予備的被告としては自己に対する請求についてはなんら審理されないまま消滅させられ、自己に有利な判決を求める機会を一方的に逸してしまい、原告が主位的被告に勝訴していながらその後さらに同一請求訴訟を予備的被告に提起するという事態を防ぐことができず、かかる予備的被告が被る不安定、不利益は計り知れない。

主観的予備的併合による統一的判決によって実体法に即した結論が導かれうるとしても、主観的予備的併合を通常共同訴訟とみる限り、共同訴訟人独立の原則（民訴法39条）が働くため、上訴等の関係では統一的判決が必ずなされるわけではなく、その意味では主観的予備的併合による統一的判断の保障はなく、かかる併合形態を認める実益はさほど大きくない。

このような否定説の論拠に対し肯定説は次のごとく反論する。まず、否定説の論拠については、（ア）原告が主位的被告に勝訴した場合にはそれで紛争が終局的に解決するのが通常であり、原告が加えて同一内容

の請求を予備的被告に対して行うことは通常考えにくく、仮に否定説がいうように原告が改めて予備的被告を訴えたという場合には禁反言または争点効理論によって後訴請求を遮断すればよい。⁽¹²⁾ (イ) 予備的被告は後に原告から同一内容の請求を受けたとしても、先訴の主位的被告敗訴判決の参加効力を援用して、原告の請求を排斥できる。⁽¹³⁾ (ウ) 主位的被告に対する請求認容判決によって同時にこれと両立しない予備的被告に対する請求にも請求棄却の判決がなされるのであり、これにより後の原告による同一請求を排斥できる。⁽¹⁴⁾

また、否定説の論拠については、(エ) 主観的予備的併合による統一裁判の保障が上訴等において十分でないとしても、少なくとも第一審の審理においては統一的裁判が期待でき、そこに当該併合形態の実益が認められるのであるからその範囲で主観的予備的併合を認めてもよい。⁽¹⁵⁾ (オ) 主位的被告に対する請求と予備的被告に対する請求とは両立し得ない関係にあり、このことは被告相互も利害相反の関係に立つことを示すものであって、予備的併合の形式をもって訴えが提起された場合、共同被告の一方と原告との間で、他の被告に対する請求について訴訟告知をしたのと同様に考え(当然の補助参加の理論)、敗訴の被告が上訴する場合には、敗訴の被告は原告のために他方の被告に対する原告の敗訴判決につき補助参加人として上訴できるのであり(民訴法45条1項)、これをしないで原告の敗訴を確定させてしまうと、その参加効力(民訴法46条)によって、上級審で原告に対してこれに反する主張ができなくなるので、常に二つの上訴をしたものとみななければならない結果、全訴訟が上級審へ移審することになるから、裁判の統一は上級審においても実現できる。⁽¹⁶⁾ (カ) 訴えの主観的予備的併合を必要的共同訴訟と同様に扱い、民訴法40条の準用によって全訴訟を上級審に移審させることで裁判の統一を図ることができる。⁽¹⁷⁾ 等の反論がなされる。⁽¹⁸⁾

4 訴えの主観的予備的併合の許否の検討

ここまで訴えの主観的予備的併合に関する判例の動向および学説を概観してきたのであるが、それでは果たして訴えの主観的予備的併合を民事訴訟法上認めるべきであろうか。

訴えの主観的予備的併合は民訴法上に明文の規定はないものの、訴訟経済や実体法との一致の観点から、その有用性ゆえに民事訴訟において利用されてきた制度である。とはいえ、最高裁昭和43年判例はかかる併合形態を明確に否定し、また、否定説もいくつかの論拠からその違法性を指摘しており、肯定説と否定説との間には厳しい対立があることは前述したとおりである。

そこで以下では、主観的予備的併合という併合形態をわが国の民事訴訟において認めるべきかという問題について、否定説の指摘する問題点を検討しつつ若干の私見を述べたいと思う。

まず、この問題を考える前提として否定説の論拠を整理すると、おおむね次の2点に絞られるであろう。主観的予備的併合における予備的被告の地位の不安定。主観的予備的併合の意図する統一的判断は上訴では保障されないためこれを認める実益に乏しい。

すなわち、上記3で示したように、否定説はの点につき訴えの主観的予備的併合における予備的被告は、原告の主位的被告に対する請求が認容されて自己に対する訴えが消滅することで、原告から同一内容の訴えを再び提起されるおそれのある不安定な地位に置かれるという点を指摘し、の点につき原告、主位的被告、予備的被告のいずれかが上訴し、当初、原告が立てた2つの請求のうち的一方のみが控訴審で審理されることになれば、もはや統一的判断の保障はなく、原告の両負けもありうるのであるから、主観的予備的併合を認める必要性は少ないという点を指摘するのである。

まず、否定説の論拠のの点につきどのように考えるべきか。なるほど、否定説のいうように原告が主位的

被告に勝訴した場合、解除条件の成就により予備的被告に対する請求は消滅するため、予備的被告は棄却判決を獲得することができない。したがって、予備的被告の訴訟準備は徒労に終わるうえ、その後に原告から再び同一内容の訴えを提起されると、それに付き合わされることにもなる。こうした否定説の指摘は理論的に見れば妥当するようにも思えるが、実際問題として否定説の説くような事態は生じるのであろうか。たとえば、原告が主位的被告に勝訴した場合、その判決が確定すればもはや原告としてはそれ以上に重ねて予備的被告に同一内容の請求を行う必要性はなく、紛争は終局的解決に至るのが通常である。そうすると、原告が主位的被告に勝訴しながら、その後に重ねて予備的被告に対して再訴提起するということは實際上ほとんど考えられないのであり、否定説のこのような指摘は机上の空論に等しいとはいえない⁽¹⁹⁾。

とはいえ、否定説の指摘は理論上は予備的被告に対する再訴がありうるというものであり、その意味ではかかる再訴提起の可能性が皆無とはいえない⁽²⁰⁾。したがって、主観的予備的併合を認めるか否かを考えるにあたっては、次に原告による再訴提起を遮断する理論構成について検討せねばなるまい。

この点につき、肯定説は上記（ア）説や（イ）説のように反論し主位的被告に勝訴し確定判決を得た原告による予備的被告に対する再訴提起を遮断しようとする。

そこで、これら2つの見解について考えると、まず、（ア）説であるが、原告からの再訴提起の遮断の根拠を争点効に求めていくという部分については、そもそも争点効理論が認められるか否かについて争いがあり、最高裁は争点効そのものについてはこれを否定する立場であるため、容易に賛同することはできかねるが、禁反言による遮断については特に理論的な問題はないものと思われる^{(21) (22)}（以下この見解を禁反言説という⁽²³⁾）。

次に（イ）説についてであるが、この見解によれば、予備的被告は原告から再訴提起を受けた場合には、原告が勝訴した主位的被告に対する判決の参加効力を援用して、原告からの請求を排斥できるとする（以下この見解を参加効力説という）。しかし、この見解には問題があるといわざるを得ない。すなわち、参加効力説は原告による訴訟提起によって、予備的被告には当然の補助参加の理論により補助参加人としての立場が与えられることを前提とするところ、そもそも参加の申出（民訴法43条）がないにもかかわらず補助参加を擬制すること自体行き過ぎの感があるといわざるを得ず、かかる当然の補助参加の理論は最高裁判例によっても否定されている⁽²⁴⁾。

また、仮にひとまずそれを措くとしても、この見解は予備的被告が原告勝訴判決の参加効力を援用できるという点において妥当性を欠く。

参加効力（民訴法46条）というのは、共に訴訟において協力して戦い敗訴した結果、その敗訴した者同士の間で生じる禁反言、あるいは信義則に基礎をおく効力であり、補助参加人と被参加人が共に戦って敗れた場合に限り生じる効力である。したがって、参加効力は補助参加人が補助する被参加人が勝訴した場合にはおよそ問題にならない⁽²⁵⁾。

原告が両立しない二つの請求を立てそれぞれ主位的被告、予備的被告を提訴したという場合、当然の補助参加の理論によって補助参加人となった予備的被告が補助する被参加人は原告のはずである。なぜなら、予備的被告としては、原告の主位的被告に対する請求が認容されれば、これと両立しない自己に対する原告の請求は立たないことになり、それゆえ、予備的被告としては原告に加勢することが自己の利益につながるからである。そして、原告が主位的被告に勝訴したというのであれば、その訴訟における補助参加人たる予備的被告と被参加人たる原告との間に参加効力は生じるはずもなく、これを論じる余地はないのである。

したがって、原告が主位的被告に勝訴し確定判決を得た後の予備的被告に対する再訴提起を、予備的被告が原告の主位的被告に対する勝訴判決の参加効力を援用することで排斥するというのは、参加効力の本質か

ら⁽²⁶⁾いって不可能といわざるを得ない。

このように、参加的効力説は当然の補助参加の理論の妥当性と参加的効力の援用の可否について問題がありすぎるため到底支持できない。これに対して禁反言説は上記でも述べたように特に理論上の問題は生じないと思われるため、主観的予備的併合肯定説に固執することを前提とするなら、この見解を支持するのが無難であろうと思われる。

ところで、否定説の説くような予備的被告の地位の不安定に対して反論を示す第三の見解として上記（ウ）説がある。この見解は原告が立てた複数の請求はその全てに判決がなされることを前提とし、原告が先順位の請求につき勝訴の確定判決を得たにもかかわらず、後順位請求の被告に再訴提起しても、後順位請求の被告はすでに棄却判決を得ているため、これにより後順位請求の被告は原告の再訴提起を遮断できるとするものである。

もっとも、原告が先順位請求につき勝訴しているのに、後順位請求についても棄却判決がなされるということは、先順位の請求の認容を解除条件とする後順位の請求についての審判の申し立てという主観的予備的併合の考え方とはそぐわない。なぜなら、主観的予備的併合の考え方では、原告が先順位請求の勝訴の確定判決を得ている場合には、解除条件が成就するため、後順位請求は消滅せしめられ、棄却判決がなされることはありえないからである。したがって、この見解は主位的被告、予備的被告という概念を用いず、原告によって立てられた両請求は両立はしないがどちらにも判決がなされることを前提として審判の順位をつけられた請求であり、その併合形態の性質は単純併合に近いものとするのである（以下この見解を主観的順位的併合説という）。

私見を述べるなら、基本的にこの主観的順位的併合説を支持したいと考える。その理由のひとつは、禁反言説のごとく禁反言によって原告の再訴提起を遮断するという方法も支持し得ないわけではないが、禁反言のような一般条項はその要件が極めて抽象的であるため多用すべきではなく、他の法律構成によって問題解決が可能なのであれば一般条項の適用を避け、他の法律構成によるべきであると考えからである。理由のいまひとつは、次に述べる上訴との関係において、主観的予備的併合の従来の理論構成を維持したままでは上訴における裁判の統一判断に重大な困難を伴う点にある。この点に関してはこの程度に理由を簡単に述べるにとどめ詳細は後述に譲ることとする。

次に否定説の論拠の検討に移る。否定説は主観的予備的併合を認めない理由のひとつとして、仮に一審において主観的予備的併合を認め統一判断がなされたとしても、原告の立てた請求の一方のみが控訴審に移審した場合、もはや統一裁判の保障はなくなるため主観的予備的併合を認める実益が乏しいということをあげる。主観的予備的併合のケースにおいて原告の立てた請求の一方のみが上訴される場合としては、（A）原告が主位的被告に勝訴し主位的被告が控訴する。（B）原告が主位的被告に敗訴、予備的被告に勝訴し予備的被告のみが控訴する。（C）原告が主位的被告に敗訴、予備的被告に勝訴し原告のみが控訴する。の3パターンが⁽²⁷⁾考えられる。

上記否定説の批判に対する肯定説の対応は様々である。まず、上記（エ）説は否定説の指摘を認めながら、第一審においては主観的予備的併合を認めることで統一判断の保障がなされるのであるから、かかる併合形態を認めないよりは認めた方が統一判断の目的に資するのであり、それだけでもこの併合形態を認める意味があるとする。なるほど、いささか開き直った感があるが、この見解は理論としては筋が通っており一応否定説からの批判には答えているといえる。とはいえ、否定説に対する反論としては弱く、また、主観的予備的併合を肯定するのであれば上訴との関係でも統一判断を目指すというのが本来進むべき方向であろう。

次に（オ）説であるが、この見解は当然の補助参加の理論を前提として、それにより原告と共同被告の一方

との間に参加的効力が生じることを理由に、両請求の一方のみが上訴された場合でも、両請求が上訴されたたと擬制しこれによって統一判断を目指そうするものである。この見解の一番の問題点は前提となる当然の補助参加の理論をそもそも認めてよいかという点であるが、⁽²⁸⁾この点をひとまず措くと、当該見解は技巧的とはいえ統一判断を目指す理論構成としては甚だ注目に値する。しかし、この見解がその説得力を発揮するのはあくまで上記 (B) の局面のみである。すなわち、(C) では原告は予備的被告に勝訴している以上、原告と予備的被告との訴訟における補助参加人の立場の主位的被告が補助参加人として予備的被告を控訴することはできないため、両請求の控訴を擬制することは不可能であるし、(A) に至ってはそもそも原告の予備的被告に対する請求は解除条件成就によって消滅するため、主位的被告の補助参加や原告と主位的被告との間の参加的効力を認めること自体不可能である。したがって、この見解は (B) の局面でこそ統一判断を実現しうるが、(C) や実際上特に問題になりうると思われる (A) の局面では適合せず問題があるといわざるを得まい。⁽²⁹⁾

では、(カ) 説はどうか。この見解は、訴えの主観的予備的併合を必要的共同訴訟と同様に扱い、全訴訟を上級審に移審させるというものであるが、当該見解はさらに、40条をそのまま準用するというものと、⁽³⁰⁾片面的独立当事者参加の類推から40条を準用するもの⁽³¹⁾とに分かれる。いずれの見解も請求の一方のみが上訴された場合に40条の準用によって統一判断を実現しようとするため結論において差はないといってよい。もっとも、私見を述べるなら、民訴法47条による参加は、二当事者が訴訟で対立しているところに新たに第三者が申出によって当該訴訟に参加するという制度であるところ、主観的予備的併合のケースでは原告は最初から複数の請求に順位をつけて複数の被告に対して訴訟提起しているのであり、最初から三者全員が訴訟に取り込まれている点において民訴法47条の想定する場面とは全く場面を異にするうえ、当然、参加の要件である第三者の申出もない。したがって、主観的予備的併合の場面で片面的独立当事者参加を類推したうえで40条を準用するという見解はやや無理があるといえよう。どのみち40条の準用によって全訴訟を移審させるのであれば、片面的独立当事者参加を擬制するというような技巧的な手段に出るよりも、端的に統一判断のために40条を準用とする方が簡明ではなからうか。⁽³²⁾

しかし、どちらの見解を採るにせよ主観的予備的併合という併合形態を前提とする限り、この40条を準用する見解にも問題がある。すなわち、確かに40条を準用すれば訴訟全体が控訴審へ移審するため、統一判断が控訴審でも保障されることになる。しかし、それはあくまで原告の立てた全部の請求が一審裁判所で審理されていればという条件付なのである。つまり、この見解は上記 (B) 及び (C) の局面では40条を準用して訴訟全体を移審させることが可能であるが、他方、(A) の場合にはいまだ予備的被告に対する請求については何の審理もなされていない状況である。この状態で40条を準用して訴訟全体を控訴審に移審してしまうと、予備的被告は自分への請求について一審では一切審理されていないにもかかわらず、あたかも予備的被告に対する原告の請求に棄却判決がなされこれに対して原告が控訴した形になり理論上無理が生じるうえ、⁽³³⁾これでは予備的被告の審級の利益を害することになりかねない。よって、この見解にも致命的な問題点があるといわざるを得ない。

ここまで (エ) (オ) (カ) の3つの肯定説の見解について検討してきたが、⁽³⁴⁾上訴における統一判断について考慮しない (エ) 説はひとまず措くとして、(オ) (カ) 両説を比較すると、上記 (B) の局面でしか統一判断を実現できない (オ) 説よりは (B) 及び (C) の局面で統一判断を期待しうる (カ) 説の方が妥当であろうと考えられる。(カ) 説で問題となるのは前述したような (A) の局面における理論的困難であるが、果たしてこれを打開することはできないであろうか。

思うに、上記のような理論的困難が生じる理由は主観的予備的併合という併合形態の捉え方そのものにある

といえる。すなわち、通説的見解によれば、主観的予備的併合とは、数名の、または数名に対する各請求が法律上両立し得ない択一的関係にあるとき、共同訴訟としての各請求に順位を付し、先順位の請求が認容されることを解除条件として後順位の請求の審理を求めるという形でなされる訴えの併合形態をいうとするが、上記の理論的困難はこの「先順位の請求が認容されることを解除条件として後順位の請求の審理を求める」という通説的見解の構成から生じるものであり、仮に先順位の請求が認容されても、後順位の請求にも請求棄却の判決がなされるとすれば、(力) 説の抱える致命的欠陥は克服されることになるのではないか。

通説的見解が主観的予備的併合について上記のような構成をとるのは、民訴法²⁴⁶条の申立主義を根拠としているからである。つまり、通説的見解は主観的予備的併合が問題となるケースで原告は「主位的請求と予備的請求どちらか一方が認められればよい」という意思の申立を行っているのであるから、裁判所としてはその申立の範囲に拘束され、主位的請求が認容されればそれ以上に原告が求めている予備的請求についての審理は行わないということになると考えるのであろう。

しかし、原告の意思としてかような解釈が適当といえるかは問題である。この点につき井上治典教授は次のごとくいう。「ごく平凡な一般人を原告に想定した場合、原告が 主位的請求と予備的請求どちらか一方を認容してくれ との申立をなす際に、彼は自分の申立が 主位的請求が認容されればそれ以上に予備的請求について審理はしないでくれ という趣旨での申立であるとはたして認識するであろうか。いいかえれば、主位的請求認容、予備的請求棄却の判決が下された場合に、原告は、これは自分の審判の申立の意思とはまったくちがった予想もしなかった裁判だとはたして受け取るだろうか。・・・申立主義は、当事者は訴訟で設定されたテーマの枠を目標にして訴訟活動を行うのでこの枠を越えた判決をしてはならないという趣旨であり、そこでは、当事者が攻撃防御の機会が与えられないままに不利益な判決がなされてはならないという手続保障の考慮が実質的基盤になっていると思われる。それでは、本併合形態において一方に対する請求を棄却したとして、当事者（原告）が攻撃防御の機会が与えられていないところで判決されたということになるであろうか。請求は両立しえない関係にあり、・・・原告としては、一方に対する請求が認容された場合に他方に対する請求について棄却判決を受けるとしてもそれほど不都合なことではない。」⁽³⁵⁾と。この教授の指摘はまったくもってそのとおりであると思う。さらに私見を加えることが許されるなら、たとえば民法⁷¹⁷条 1 項が問題となるケースにおいて原告は実体法上の権利を根拠に先順位請求を占有者に、後順位請求を所有者に求めていくのであり、原告としては実体法が予定している結論と異なる結論に到達しうる一審判決を求める意思は毛頭ないといえるのではないか。つまり、原告としては土地工作物の瑕疵から生じた損害があると認められれば、それを賠償する責任があるのは占有者か所有者のどちらか一方であり、先順位請求認容、後順位請求棄却という判決か、先順位請求棄却、後順位請求認容という判決のいずれかしかりえず、原告の請求がいずれも認められるという結論に達しうるような一審判決⁽³⁶⁾が下されることはないということを当然の前提にしているものと思われる。したがって、上記の井上教授の指摘のごとく「一方に対する請求が認容された場合に他方に対する請求について棄却判決を受けるとしてもそれほど不都合なことではない」というにとどまらず、原告としては一方の請求認容、他方の請求棄却という判決を求めて訴訟提起していると解されるのであり、裁判所はそのような原告の申立に拘束されると考えて差し支えないといえよう。

よって、私見としては井上教授のいうように、主観的予備的併合という併合形態において従来からとられてきた「先順位の請求が認容されることを解除条件として後順位の請求の審理を求める」という法的構成⁽³⁷⁾を排し、「一方に対する請求を認容する場合には当然に他方に対する請求を棄却でき、認容判決が確定しても他方に対する訴訟係属が消滅することはない」という法的構成⁽³⁸⁾を採るべきであると解する（主観的順位的併合説）。

もっとも、かかる見解に対しては、あえて主観的順位の併合というような特殊な併合形態を認めずとも、通常の単純併合による共同訴訟でことが足りるのではないかという指摘もある（単純併合説⁽³⁹⁾）。しかし、両立しえない請求を通常の単純併合で申立てうるとしても、この場合には原告としては両立しえない請求を両方とも認容してくれという申立になるのであり、これが不自然であることに変わりはない。したがって、両立しない請求が立っている紛争を法的になんら制約なく両方認容することが可能な通常の単純併合にしていればそれでよいというのは問題があらうと思われる^{(40) (41)}。

また、この単純併合説にはさらなる問題がある。後述する同時審判の申出のある共同訴訟の問題点とも共通する問題点であるが、単純併合説では2つの訴訟は通常共同訴訟として扱われることとなるところ、通常共同訴訟の場合、共同訴訟人独立の原則（民訴法39条）が働くため、当事者の一人の控訴によって訴訟全体が控訴審に移審するわけではない⁽⁴²⁾。そうすると、単純併合説の場合、上記（B）（C）に加え（D）原告が主位的被告に勝訴、予備的被告に敗訴し主位的被告のみ控訴する。（E）原告が主位的被告に勝訴、予備的被告に敗訴し原告のみ控訴する。という4つの上訴パターンが考えられることになるが、そのいずれの場合も訴訟全体が移審しないことになり上訴における統一判断の保障がなくなるという問題が生じるのである。この点につき、単純併合説は（B）では原告が主位的被告を、（C）では予備的被告が原告を、（D）では原告が予備的被告を、（E）では主位的被告が原告を、それぞれ控訴すれば原告の両負けあるいは両勝ちを防ぎ得たのであり、これを怠って実体法と異なる事態が生じる結果になったとしても、その結果は不当とはいえないという^{(44) (45)}。

しかし、果たして単純併合説のように（B）（C）（D）（E）の場合に控訴提起しておかなかった者の責任であるとして片付けることが妥当であろうか。確かに、単純併合説のこのような理解も成り立ちうる。しかし、現実的な問題として、たとえば（B）の場合に原告としては予備的被告が控訴してくるかどうかは事前にわからないのであり、控訴期間満了直前に予備的被告から控訴提起がなされた場合には、原告が主位的被告を控訴しようとしても間に合わないという事態が生じる。このような場合に備えて民訴法は附帯控訴の制度を用意しているが（293条）、附帯控訴は客観的予備的併合の場合において一審で主位的請求棄却、予備的請求認容となり、被告のみが予備的請求につき控訴したところ、控訴審で被告が予備的請求につき逆転勝訴となりそうな場合に、控訴審係属中にその気配を察知した原告が主位的請求について控訴するという場合に用いられる制度である。このように原告が主位的請求について附帯控訴が可能なのは、客観的予備的併合の場合には上訴不可分の原則により一審の請求全体が控訴審に移審しているからであるが、単純併合説の場合には通常共同訴訟であって原告の主位的被告に対する請求と予備的被告に対する請求との間に上訴不可分の原則は働かないため、附帯控訴は不可能である⁽⁴⁶⁾。このような現実の問題に加え統一判断の必要性をも考えると、単純併合説を採用することには躊躇せざるを得ず、主観的順位の併合説を是としつつ、これに上記（カ）説の考え方を取り込んで上訴における統一判断の保障を図っていくというのが穏当ではあるまいか⁽⁴⁷⁾。

以上より、否定説の指摘を検討した結論としての私見をまとめると、数名に対する各請求が法律上両立し得ない択一的関係にあるとき、原告が共同訴訟としての各請求に順位を付した場合に、これを、先順位の請求が認容されることを解除条件として後順位の請求の審理を求める併合形態と解して主観的予備的併合を認めることには賛成できないが、かかる併合形態を「一方に対する請求を認容する場合には当然に他方に対する請求を棄却でき、認容判決が確定しても他方に対する訴訟係属が消滅することはない」ものと解し、そのうえで、この併合形態は単純併合に類似するものではあるが各請求に順位が付される点でこれと異なるうえ、この併合形態においては裁判所は、一方請求認容、他方請求棄却という原告の申立に拘束され、弁論の分離及び一部判決などをすることは許されず（主観的順位の併合説⁽⁴⁸⁾）、また、統一判断の保障のため必要的共同訴訟と同

様の扱いを受け、民訴法40条の準用により一方の請求のみが上訴された場合であっても訴訟全体が上訴審に移審するという特殊な性質の併合形態として、⁽⁴⁹⁾かかる併合形態を民事訴訟法上認めるべきであるとする。

- (1) 岡伸浩（「訴えの主観的予備的併合と同時審判申出共同訴訟」受驗新報2004年6月号28頁）。もっとも、ここで挙げた原告側的主観的予備的併合の例は法律上両立し得ないのではなく事実上両立し得ない場合に過ぎないという見方もできる。
- (2) 民集22巻3号551頁、判例タイムズ221号122頁等。
- (3) 判例時報117号13頁。岐阜地裁は「(一) 現行法上、いわゆる訴の変更においては、当事者の変更は許されないものと解するのが正当であるところ、請求の主観的予備的併合においては、一方の共同訴訟人の、または、これに対する請求を、他方の共同訴訟人の、または、これに対する請求の訴訟状態にかからしめるものであるが、かかることは、暗に当事者の変更を適法視する基盤に立って始めて可能であるものというべく、その不当であることは論をまたない。(二) 次に、請求の予備的併合の審理においては、第一次請求の認容判決がなされた場合、予備的請求に対して付された解除条件は成就し、その結果、予備的請求についてなされた弁論、すなわち、予備的請求について発生していた訴訟係属は、法律上当然に、その当初に遡って消滅することになるのであるが、これを主観的予備的請求について観ずれば、予備的請求をなし、または、なされた共同訴訟人は、自己の同意なくしてその訴訟係属を遡及的に消滅せしめられるような不安定な訴訟を提起し、または、これに応訴しなければならないこととなり、かくの如きは、究極において、法の意図する訴訟手続の安定を阻害することとなるのであってこの点からするも、請求を主観的かつ予備的に併合するが如きはとうてい、許されないものと断ぜざるを得ない。(三) 特に、請求の予備的併合においては第一次請求につき判決すれば、該判決は、全訴訟について当該審級を離脱せしめる全部判決であるから、該判決が控訴された場合には全請求について移審の効力を生じ、控訴審においては、原判決を不当とすれば予備的請求について審理をすることを妨げられないわけであり、これは予備的併合なるものの本来の性質から導き出される当然の帰結である。しかるに、請求の主観的予備的併合においては右説示のような結果を容認することは、とりもなおさず、前記共同訴訟人独立の原則に抵触することにはほかならないわけであり、さりとてこの原則に固執する限り、予備的併合により意図された統一的裁判の保障は、全く無意味とならざるを得ないのである。(四) もとより、請求の主観的予備的併合における原告の利益は否定すべくもないところであるが、右併合により、前記(二)記載の如き被告の蒙ることあるべき不利益は、原告の利益に比し、はるかにまさっているものというべく、これを、単に、原告の便宜ないしは訴訟経済の原則を以て律することは出来ないといわねばならない。」と判示した。
- (4) 判例タイムズ73号64頁。
- (5) 下民集1巻10号1677頁。
- (6) 判例時報154号22頁、民事訴訟法判例百選36頁。
- (7) ここであげた以外の判例として、肯定説に立つもの 東京地裁昭和35年3月29日判例タイムズ103号74頁、否定説に立つもの 名古屋高裁昭和33年4月4日判例タイムズ81号61頁、東京地裁昭和33年12月6日判例タイムズ89号57頁、東京地裁昭和34年1月28日判例時報181号22頁、盛岡地裁昭和35年1月18日下民集11巻1号50頁、京都地裁昭和38年10月3日判例タイムズ154号113頁、東京地裁昭和39年11月16日判例時報409号36頁、がある。
- (8) 高橋宏志（民事訴訟法判例百選〔第2版〕82頁）。もっとも、最高裁昭和43年3月8日の判決は短文で、主観的予備的併合が許されない理由が全く示されていないことから、上記最高裁判決の評釈において谷口教授は、当該最高裁判決によって以前から存した主観的予備的併合の許否に関する下級審の見解の対立が解決されたとは思えないとの意見を述べておられた（谷口安平「主観的予備的併合の許否」小室真人編『セミナー法学全集7 民事訴訟法』[日本評論社] 151頁）。
- (9) 肯定説に立つもの 松江地裁昭和45年3月25日街づくり・国づくり判例百選182頁、東京高裁昭和47年1月27

日判例タイムズ276号164頁、東京高裁昭和47年2月17日判例タイムズ276号166頁、東京地裁昭和54年8月16日判例タイムズ402号125頁、東京地裁昭和55年2月8日判例タイムズ422号117頁、大阪高裁昭和61年3月14日判例タイムズ611号89頁等、否定説に立つもの 長野地裁昭和50年11月29日判例時報814号110頁、なお、最高裁昭和43年3月8日以降の訴えの主観的予備的併合について判断した下級審判例については、判例タイムズ455号45頁「訴えの主観的予備的併合の許否」で小山教授が詳細に分析しておられる。

- (10) ここでいう「択一的な実体法上の関係」とは、たとえば、無権代理と有権代理の場合に代理権の存否如何によっていずれか一方の責任が成立し、その結果、相手方が代理権の存否で両方に敗訴したり両方に勝訴したりすることがありえない関係をいうのであり、同じ無権代理と有権代理のケースであっても、相手方が無権代理であることについて悪意有過失であったため、本人には代理権がないとの理由で敗訴し、無権代理人には悪意有過失（民法117条2項）で敗訴する結果、相手方が両方に敗訴するというような場合は本稿で問題とするところの「原告の両負け」には含まれない。
- (11) 齊藤秀夫『民事訴訟法概論』[有斐閣] 463頁は上訴における共同訴訟人独立の原則と予備的被告の地位の不安定を理由に主観的予備的併合は理論的に克服し難い無理があるとしてこれを否定する。瀧川観一（「請求の主観的択一関係と共同訴訟」判例タイムズ200号30頁以下）は主観的予備的併合を認める場合の原告の利益と被告の不利益を比較衡量し否定説に組せざるを得ないと結論づける。その他否定説にたつものとして、佐々木吉男（昭和43年重要判例解説108頁）、船越隆司（昭和47年重要判例解説92頁）等がある。
- (12) 新堂幸司『民事訴訟法 第二版補正版』[弘文堂] 483頁。
- (13) 松浦馨（「訴えの主観的予備的併合の適否」ジュリスト300号252頁）、兼子一『民事訴訟法体系』407頁。
- (14) 井上治典（「訴えの主観的「選択的」併合の適否」判例タイムズ281号45頁）、福永有利（「複数賠償責任者と訴訟上の二、三の問題」判例タイムズ393号165頁）。もっとも、この見解は主位的被告への請求認容判決と同時に予備的被告への請求棄却判決がなされるとする点において、先順位の請求の認容を解除条件とする後順位の請求についての審判の申し立てという主観的予備的併合の理論構成そのものを否定するものであり、その意味では否定説ともいえようか。すなわち、主観的予備的併合の理論構成によれば先順位の請求認容判決によって後順位の請求については請求そのものが消滅するため、請求審理を前提とする棄却判決はありえないのであり、後順位請求の棄却判決を觀念する見解は、原告によって立てられた両請求は両立はしないがどちらにも判決がなされることを前提として順位をつけられた請求であり、その併合形態の性質は単純併合に近い主観的順位的併合であるとする。
- (15) 伊東乾（「請求の主観的予備的併合の許否」判例評論第10号15頁）、中村修三「訴えの主観的予備的（または選択的）併合の適否」本井・中村編『民事実務ノート第2巻』106頁。なお、納谷廣美『民事訴訟法』[創成社] 441頁は、否定説のいう本文の論拠は主観的予備的併合の効用について限界があることを指摘するにとどまり、それ自体否定説の論拠にはならないという。
- (16) 兼子・前掲書388頁。納谷・前掲書442頁も当然の補助参加の理論という法的構成がとりうるならば、これにより審判の統一を確保しようとする。
- (17) 松浦・前掲論文ジュリスト253頁。小室直人『民事訴訟法講義 改訂版』[法律文化社] 213頁も同旨か。なお、最高裁昭和50年3月13日民集29巻3号233頁は独立当事者参加において敗訴者の一人のみが上訴したケースであるが、この事案で最高裁は「民訴法71条（現47条）による参加のなされた訴訟においては、原告、被告及び参加人の三者間にそれぞれ対立関係が生じ、かつ、その一人の上訴により全当事者につき移審の効果が生ずるものであるところ、かかる三当事者間の訴訟において、そのうちの当事者が他の二当事者のうちの当事者のみを相手方として上訴した場合には、この上訴の提起は同法62条2項（現40条2項）の準用により残る一当事者に対しても効力を生じ・・・」としている。このような三面訴訟の場合と同様、主観的予備的併合における原告、主位的被告、予備的被告の三者の関係も、通常の必要的共同訴訟の場面のように原告の提起した訴えに対して複数の被告が共同して訴訟を遂行するという関係とは異なるため、主観的予備的併合を必要的共同訴訟と同様に扱うとしても、40条をそのまま適用することは困難である。したがって、原告によって立てられた両請求の一方のみが上訴された場合には、上記最高裁判決と同様、判決の合一確定のために40条が準用さ

れることになるう。

- (18) 上記に挙げた以外の説として、契約の当事者が会社（Y1）なのか代表取締役個人（Y2）なのかが不明であるというケースにおいて、主位的被告をY1とし、予備的被告をY2として両請求を併合するという場合には、X対Y1、X対Y2の訴訟の訴訟上の請求は同一であり、しかも、Y1、Y2間には人格的つながりがあるのであるから、予備的地位にあるY2の地位が不利益とはいいい難く、かかる主観的予備的併合は例外的に認めて差し支えないとする制限的肯定説と呼ばれる見解もある。たとえば、三ヶ月章『民事訴訟法 第三版』[弘文堂] 265頁は基本的に否定説に立ちつつも、法人格が責任回避のために悪用されていると評価されるため法人に対する責任と理事者に対する責任の追及が実質的に同一な意味を持つと認められるような場合には、会社と取締役個人に対する請求を主観的予備的併合の関係でとらえることが不可能ではないとする。また、中村英郎（「訴えの主観的予備的併合の適否」 民事訴訟法の争点 [新版] 133頁）は、訴えの主観的予備的併合の許否はかかる併合形態を認めることによって得る訴訟経済上の利益と、被告の受ける不利益のバランスの上に考慮されるべき問題であるとしながら、共同訴訟人間に密接な関係があり、必ずしも予備的被告にとって不利益とはいえず、あるいはそれに不利益を甘受させてよい場合には主観的予備的併合を認めてよいという立場に立ち、主位的被告が会社で予備的被告が代表取締役個人というようなケースについて言及し、主観的予備的併合は複雑化する社会に対応する訴訟形態として一定の範囲で認められて然るべきと結論付けている。板倉・加藤編『演習ノート民事訴訟法 全訂第2版』[法学書院] 46頁（三上威彦執筆部分）もこれと同旨か。
- (19) 小島武司（民事訴訟法判例百選37頁）は第一次被告に勝訴した原告が予備的被告に対して再び訴を提起することは稀であり、仮に再訴がなされたとしても勝訴は實際上困難であるといい、中村（修）・前掲論文ノート2巻101頁や谷口安平『口述民事訴訟法』[成文堂] 281頁もこのことを同様に指摘する。また、井上・前掲論文タイムズ44頁は主位的被告に対する請求認容判決が確定している以上、実際上はまず再訴されるおそれはほとんどないといってよく、再訴の可能性がどの程度あるのかという実際の考慮にもっと目を向けるべきであると指摘する。
- (20) たとえば、原告が主位的被告に勝訴し確定判決によって債務名義を得たが、主位的被告が無資力であったため執行が不奏功に終わった場合、原告が予備的被告を相手に再訴提起するという可能性が全く考えられないわけではない。
- (21) 最高裁昭和44年6月24日判例タイムズ239号143頁。
- (22) もっとも、最高裁はその後、前訴と訴訟物を異にする後訴の提起についてこれを信義則上認めないとする判断をしている（最高裁昭和51年9月30日判例タイムズ341号161頁）。争点効の根拠について学説の見解は多岐にわたるが、中野貞一郎（「いわゆる争点効を認めることの可否」 法学教室 [第二期] 4号61頁以下）は争点効を信義則の具体的適用であると解している。このように解するならば上記最高裁昭和51年判例は実質的に判決の理由中の判断に争点効類似の効力を認めた判決と評価することも許されよう。また、かかる見解のもとでは禁反言が信義則違反の一類型であることにかんがみれば、主観的予備的併合において原告の予備的被告に対する再訴提起を封じる理論構成としての争点効理論の適用と禁反言の適用は、いずれも原告の再訴提起を信義則違反を根拠に遮断することにほかならず、どちらの法理を適用するにしても実質的な差はないといってよい。ただし、信義則は当事者の具体的な行為を規律の対象とし、相手方との関係で信義に反し衡平を害する行為を制限ないし禁止することによって当事者間の利益を調整することを目的とするのに対して、争点効は裁判所が下した判断に認められる拘束力であり、一定の要件の下で当然に発生する制度的な効力とされているから、当事者間の具体的な利益調整を目的とする信義則とはなじまないとして争点効の根拠を信義則に求めることに疑問を呈する見解も有力に主張されている（富樫貞夫 民事訴訟法判例百選 [新法対応補正版] 327頁）。
- (23) 主観的予備的併合が問題となるケースで原告が立てる二つの請求は両立しないものであるから、原告が主位的被告に対して勝訴し確定判決を得ておきながら、主位的被告に対する権利と両立しない権利の存在を予備的被告に対して主張することは信義則上許されないものであり、かかる原告の再訴提起を信義則違反の一類型である禁反言で排斥することの理論的問題はないであろう。
- (24) 最高裁昭和43年9月12日判例タイムズ227号140頁。

- (25) 吉野正三郎『集中講義民事訴訟法 第三版 [新法対応版]』[成文堂] 307頁以下。
- (26) 当然の補助参加の理論からこの見解を唱える兼子教授は、主観的予備的併合が問題となるケースにおいては、このような参加効力の拡張を公平の要求に基づく禁反言を根拠に許されるとするが（兼子・前掲書407頁）、民訴法46条の参加効力をここまで拡張してしまうのは行き過ぎというものであろう。同じ禁反言を根拠にするのであれば参加効力云々ではなく、新堂説のごとく単に禁反言で原告の予備的被告に対する再訴提起を遮断するとする方が理論的にも簡明であり妥当ではなかろうか。
- (27) もっとも、(C) のように原告が予備的被告に勝訴しているにもかかわらず、原告がなおも主位的被告に対する勝訴にこだわって控訴するという事態は実際にはあまり起こらないと思われる。
- (28) この問題についてはすでに本文（イ）説の検討のところで述べた。
- (29) (オ) 説が（A）の場合に全く通用しないことについては、中村（修）・前掲論文ノート2巻104頁も同様に指摘する。
- (30) 松浦・前掲論文ジュリスト253頁。梅本吉彦『民事訴訟法 新版』[信山社] 647頁も同旨か。
- (31) 上村明広「主観的予備的併合」 小山・中野編『演習民事訴訟法』[青林書院] 660頁、高橋宏志『重点講義民事訴訟法（下）』[有斐閣] 276頁、鎌田・加藤ほか編『民事法 総則・物権』[日本評論社] 159頁（山本克己執筆部分）等。
- (32) 独立当事者参加において民訴法47条4項によって40条が準用され、当事者の一人がした上訴で判決全体の確定が防止され、全訴訟が上級審に移審するとする趣旨は、審判の統一を保障する点にあるのであり（秋山・伊藤ほか著『コンメンタール民事訴訟法』第2版479頁）、かかる審判の統一の要請は主観的予備的併合のようなケースにおいても同様に働くと考えられる。したがって、独立当事者参加のような明文の規定が必ずしもなくても、解釈によって40条の準用があるとしても許されるのではないか。
- (33) 同様の批判として、伊東・前掲評釈評論15頁は、主位的請求認容の場合は予備的請求に関し全く判決がないわけであるが存在しない判決にいかにして上訴が可能であるのか。といい、瀧川・前掲論文「請求の・・・」タイムズ30頁は本文（A）の場合について、主位的被告の控訴によって原告が請求棄却の判決に控訴したのと同様の効果を認めようとするのはそもそも無理であると指摘する。また、高橋・前掲書276頁も本文（A）の場合につき、第一審で判決が出されていないのに事件が控訴審に移審するというのは奇異といえど奇異である。主観的予備的併合肯定説はこの点を乗り越えなければならない。という。
- (34) 本文であげた3説以外の見解としては、本文（A）の場合について、もし、控訴審において主位的被告の主張が認められるとの心証に至ったとしても、控訴審が一審判決を取消して自ら請求棄却判決を下すべきではなく、一審において主位的被告に対する原告の請求を棄却したうえで予備的被告に対する請求につき判断すべきであったのに、誤って主位的被告に対する請求を認容し、予備的被告に対する請求につき判断しなかったことになるわけであるから、控訴審としては主位的被告に対する請求を認容した一審判決を取消し、事件を一審に差し戻して再び従前の主観的予備的併合の状態に戻して、一審は控訴審の判決に従い主位的被告に対する請求を理由のないものとして予備的被告に対する請求につき判断することで統一判断が保障される。とする見解がある（小島・前掲評釈百選37頁、広島高裁昭和32年11月29日。なお、当該見解は本文（C）の場合については特に触れず、また、（B）の場合に原告が両負けする事態が起こりうることについては、原告が主位的被告に対する敗訴判決につき控訴することを怠ったために自ら招いた不利益であって、原告は右の控訴をすることによってこの不利益を防止できるとする。）。しかし、仮に控訴審が一審判決を取消し、自ら原告の主位的被告に対する請求の棄却判決をなしたとしても手続違背とはいえず、控訴審は差し戻すことがとしても、差し戻すべき義務はなく、差し戻すか否かはあくまで控訴審の裁量である（瀧川・前掲論文「請求の・・・」タイムズ30頁、高橋・前掲書275頁）。したがって、当該見解によって統一判断の保障を図るのは理論上困難であろう。また、本文（A）の場合につき、主位的被告の上訴によって訴訟全体が移審するのが当事者の意思に合致し合理的であるとする見解もある（新堂・前掲書484頁）。しかし、この見解は移審することによる予備的被告の審級の利益を害する点を看過しており、それにもかかわらず訴訟全体が移審することが当事者の合理的意思に合致しているのかという点に疑義が生じよう。

- (35) 井上・前掲論文タイムズ45頁。
- (36) 後順位請求については審理せず、先順位請求のみ認容判決を下すというような場合である。この原告が判決確定後さらに予備的被告に対して再訴提起すると、禁反言でこの再訴提起を封じることができるかどうかはともかく、理論上は原告勝訴という判決が下され、結果的に原告両勝ちという事態が生じるのであるが、実体法はかかる結論を予定していないというべきである。
- (37) 潮久郎「主観的・予備的併合訴訟における控訴と移審の範囲 主観的・予備的併合訴訟の控訴審の構造に関する一考察」近藤・浅沼編『実務的研究 民事法の諸問題』345頁以下も主観的予備的併合に関する通説的見解の法的構成に問題があることを指摘する。
- (38) 井上・前掲論文タイムズ45頁以下。なお、上田徹一郎『民事訴訟法 第四版』[法学書院] 530頁はこの併合形態を順位的単純併合と呼び、主位的請求、予備的請求の両方に判決がなされるとするが、その性質を単純併合にかなり近づけて理解するようであり、上訴における裁判の不統一はなくなるとする。
- (39) 瀧川叡一（「訴の主観的予備的併合の適否」判例タイムズ225号58頁）。なお、後述する同時審判の申出のある共同訴訟は、この単純併合説によりつつ弁論あるいは裁判の分離による不都合が生じないように手当てされたものであるとされている（高見進（「同時審判の申出がある共同訴訟」ジュリスト1098号34頁））。
- (40) 井上・前掲論文タイムズ46頁。
- (41) また、主観的順位的併合説に対しては、常に両方の請求について審理されるのであれば各請求に付された順位は意味がないのではないかという批判も予想されるが、原告がいずれの請求が本命かという意味を裁判所に対して明らかにするという点では意味があるであろうし（納谷・前掲書444頁は、原告が訴えの提起に際して、責務を問うべき共同被告間に主位、副位という順位をつけることには、法理論だけでは対応しきれない諸要因があると思われるし、何よりも請求に対するスジ立ての整合性にみられる訴訟戦術上のメリットが多であるという。）、民法717条1項は明文上で第一次的責任者を占有者、第二次的責任者を所有者とすることを規定しているのであり、順位を付すのは無意味であるとする単純併合説はこのような実体法の規定の構造をあまりに無視するくらいがあり妥当でないであろう。もっとも、民法起草の際に、ドイツ法にならぬ占有者のみに責任を負わせようとする原案に対して、フランス法的に所有者に責任を負わせるべきとの異論が出たために、妥協の産物として第一次的責任者を占有者、第二次的責任者を所有者とする体裁となった民法717条1項に関しては、かかる規定の構造そのものに対して立法論として疑問を呈する見解もあるようである（たとえば、内田貴『民法 債権各論 [第2版]』484頁、川井健『民法概論4 債権各論』452頁等）。
- (42) もっとも、瀧川・前掲論文「請求の・・・」タイムズ32頁は訴訟手続の中断、中止については40条3項の類推適用によって他の当事者にもその効果が及ぶとする。
- (43) ここでは便宜上、主位的被告、予備的被告としているが、単純併合説の場合、両請求に順位はないため、厳密に言えばこのような呼び名は相応しくないといえよう。また、本文（A）の場合については、単純併合説では併合された両請求に判断が下されることを前提としているため、これが本文（D）（E）のいずれかになると解される。なお、このパターンになるのは主観的順位的併合説に立っても同様である。
- (44) 瀧川・前掲論文「請求の・・・」タイムズ29頁。なお、単純併合説に立つものではないが、前述広島高裁昭和32年11月29日も（C）の場合に原告が両負けすることについては瀧川判事と同様の考え方を採る。
- (45) 本文（E）の場合については、請求に順位が付されることを前提とする主観的順位的併合説に立つと、（E）は原告の本命請求が認められているため、この判決が確定すれば原告の控訴の利益が失われ、控訴は却下されることになろう。しかし、請求に順位がつかない単純併合説では（E）の場合も原告には控訴の利益があるため、一方の判決が確定してもなお控訴は却下されないということになるのであろうか。そうだとすれば、原告の両勝ちが生じうると考えられる。
- (46) 高橋・前掲書284頁はこの点を指摘するほか、原告が自分のほうから先に主位的請求について控訴すると、予備的被告からの控訴を誘発するおそれもあると指摘する。ただし、このような危険性が実際上どの程度あるのかについては疑問が残るところである。なお、高橋教授のこれらの指摘に対しては、原告としては予備的被告が控訴してくるかどうかかわからない以上、両負けを防ぐべく常に主位的被告を控訴しておけばよいのであり、

原告がそれをせずに両負けしたのであればそれは原告自身の責任であり仕方のないことであるとする批判もありうる。しかし、高橋教授はこれに対して、予備的被告が控訴してくるかどうか分からない以上、原告は念のために常に主位的被告を控訴しておけ、結果として予備的被告からの控訴がなく、原告が控訴を取下げれば手数料の半額は戻ってくる（民事訴訟費用等に関する法律9条3項1号）からよいではないかと説くのは訴訟法学説として筋が悪いという（高橋・前掲書284頁）。私見も高橋教授のこの意見に賛同したい。

- (47) 高橋教授のいうように控訴期間満了直前の控訴提起がありえ附帯控訴も不可能であることから、控訴しておかなかった者の責めに帰すことが必ずしもできるわけではないという理屈は、訴訟全体の移審の必要性の理由としてそれなりに説得的ではあるが、かかる理由だけでは仮に予備的被告が真っ先に控訴してきた場合における訴訟全体の移審の必要性を説明することは困難であろう。したがって、やはり統一判断の必要性というファクターが欠かせないのではないだろうか。この点につき、小林秀之『プロブレム・メソッド新民事訴訟法（補訂版）』[判例タイムズ社] 420頁は、主観的予備的（順位的）併合肯定説における40条準用の理由は統一的解決の必要性にあるとしている。もっとも、同書において小林教授は、主観的予備的併合の形態をとることで原告は合一確定の利益が受けられ、必ず原告は勝訴できるようになることが実体法との整合性を考慮したとしても行き過ぎではないかと指摘し、主観的予備的併合は必ず原告が勝訴できる訴訟形態だけに濫用のおそれ大きく、その適用場面を限定すべきとの見解を示される。しかし、主観的予備的併合であっても原告が必ず勝訴できるわけではなく、たとえば、原告が本人Aを主位的被告として契約に基づく債務の履行を、代理人Bを予備的被告として117条責任をそれぞれ追及していくような場合、そもそも原告がBとの契約締結の事実を立証できなければ原告はいずれの被告にも敗訴するのである。また、契約締結事実や顕名を原告が立証できる場合には、契約締結に関する代理権がBにあれば有権代理となって本人Aにその効果が帰属することになり、Bにその代理権がなければ無権代理としてBが責任を負わなければならないのであり、原告がいずれかの被告に必ず勝訴できることは実体法の定めた結論であって、その結論に沿うような訴訟形態を認めることが民事訴訟上行き過ぎであるとは必ずしもいえないのではなからうか。
- (48) 単純併合説も、弁論の分離や一部判決を禁止するという特別な取り扱いをして一審における原告の両負け、両勝ちを防ぐという（瀧川・前掲論文「訴の・・・」タイムズ56頁以下）。
- (49) この場合に、どのように40条を準用するかは問題であるが、私見では先順位被告と後順位被告は一方に責任がある場合には他方にその責任がないという利害相反関係に立つため、それら両者が共同関係にあると解することは無理であるから、通常の必要的共同訴訟でいうところの共同訴訟人とはなりえない。そして、先順位被告に責任が認められることで、原告は先順位被告との訴訟に勝訴できるという利益を受け、後順位は自己の責任を免れるため、対先順位被告との関係では原告と後順位被告の利害が一致することからこの両者の間に共同訴訟人の関係を擬制し、また、これと同様に後順位被告に責任が認められれば、原告は後順位被告との訴訟に勝訴できるという利益を受け、先順位被告は自己の責任を免れるため、対後順位被告との関係では原告と先順位被告の利害が一致することからこの両者の間に共同訴訟人の関係を擬制して、共同訴訟人の関係を相対的にとらえる。そのうえで、主観的順位的併合の場合、請求の一方のみが控訴されるケースとして、原告が先順位被告に勝訴、後順位被告に敗訴、先順位被告のみ控訴、原告が先順位被告に敗訴、後順位被告に勝訴、後順位被告のみ控訴、原告が先順位被告に勝訴、後順位被告に敗訴、原告のみ控訴、原告が先順位被告に敗訴、後順位被告に勝訴、原告のみ控訴の4ケースが考えられるが、この場合は対先順位被告との関係では原告と後順位被告が共同訴訟人類似の関係であるから、先順位被告の原告に対する控訴は後順位被告にとって「共同訴訟人の一人に対する相手方の訴訟行為」と解され、40条2項準用によって後順位被告に対しても控訴の効果が生じ、全訴訟が控訴審に移審する。この場合も同様に、対後順位被告との関係では原告と先順位被告が共同訴訟人類似の関係であるから、後順位被告の原告に対する控訴は先順位被告にとって「共同訴訟人の一人に対する相手方の訴訟行為」と解され、40条2項準用によって先順位被告に対しても控訴の効果が生じ、全訴訟が控訴審に移審する。この場合には注44)で述べたように判決確定前の段階で原告が後順位被告を控訴すること自体は可能であるが、その後に先順位被告が原告に対し控訴しないまま原告の先順位請求に対する認容判決が確定すると、原告は本命請求が認められたことから後順位請求については控訴の利益を失うため、後順

位被告に対する控訴は却下されることになる。なお、先順位被告も控訴した場合には、40条の準用を待つまでもなく当然に両請求が控訴審に移審する。 の場合は、対先順位被告との関係で原告と後順位被告は共同訴訟人類似の関係であり、原告の控訴は、これによって控訴審において先順位被告に責任ありとして原告が逆転勝訴すれば、両請求は両立し得ない請求である以上、後順位被告の責任が否定されることにつながるため、後順位被告にとっては利益的行為である。したがって、「全員の利益においてのみその効力を生ずる」行為に該当し、40条1項準用によって、原告の控訴の効果が後順位被告にもおよび、全訴訟が控訴審に移審することになると解される。